

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE NO NOVO CÓDIGO CIVIL

FREDERICO DE ÁVILA MIGUEL*

Desde janeiro de 2003 o direito sucessório brasileiro está significativamente alterado, em razão do início da vigência do novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02), que se deu um ano após sua publicação¹, realizada em 10 de janeiro de 2002.

Dentre as modificações trazidas pela nova legislação no âmbito da sucessão *causa mortis* é, sem dúvida, a situação do cônjuge sobrevivente que sofreu as mais importantes inovações.

Não é demais esclarecer que cônjuge sobrevivente é aquele que era casado com o falecido no momento da abertura da sucessão, vale dizer, no exato instante da morte do autor da herança. Assim sendo, óbvio que o convivente que vivia em união estável com aquele que morreu não possui a qualidade de cônjuge.

Aliás, em muito se diferencia o direito sucessório do cônjuge com o do convivente. Mostrando inegável preferência pela formação da família através do matrimônio, o legislador não raramente concede efeitos diversos em razão de um mesmo instituto jurídico para o casamento e para a união estável. É o que ocorre no direito sucessório, que relegou àquele que vivia em sociedade conjugal através de união es-

* Advogado, Mestre em Direito – ITE/Bauru-SP, Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos.

1 O artigo 2.044 do Código Civil em vigor dispõe que “Este Código entrará em vigor um ano após sua publicação”.

tável posição jurídica normalmente inferior em relação a quem optou por constituir família através do casamento.

Não é isso que se pretende abordar neste artigo. Todavia, não há como deixar de criticar o legislador pelos critérios estabelecidos no artigo 1.790², do Código Civil. Se merece aplauso o avanço trazido para o cônjuge, o mesmo não se pode dizer em relação à situação do companheiro, especialmente pela falta de lógica no critério utilizado, que não o ampara na porção de bens em que está desamparado e lhe concede direitos sucessórios sobre os bens que já lhe garantem a meação. Realmente incompreensível a opção da lei. Além disso, ao tratar da sucessão do convivente em local impróprio, fica evidente o propósito de não conceder a qualidade de herdeiro necessário àquele que vivia em entidade familiar formada pela união estável.

Também é de se ressaltar que, de regra, terá capacidade sucessória o herdeiro que estava vivo no momento da morte do autor da herança. Assim, só herdará se sobreviver ao *de cujus*.

Também não se pode perder de vista que “regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela” (artigo 1.787, do Código Civil).

No que se refere ao cônjuge é de se verificar ainda se ele não estava separado judicialmente ou mesmo de fato daquele que veio a óbito. Isso por força do artigo 1.830, do Código Civil, que assim estabelece:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Para melhor compreensão desse dispositivo é necessário entender o fundamento jurídico do direito sucessório no Brasil. Além da propriedade, também o direito de família serve de fundamento para a sucessão.

Fácil perceber esta realidade ao analisar a sucessão legítima. Isso porque existindo herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge³), não poderá o au-

2 Art. 1790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

3 Ver artigo 1.845, do Código Civil.

tor da herança privá-los do direito de sucedê-lo⁴. Ainda que o falecido tivesse expressado seu desejo em não contemplar o herdeiro necessário, a verdade é que este terá direito, ao menos, sobre a metade da herança, chamada de legítima e considerada indisponível por força da lei⁵. Notória a intenção de oferecer proteção para a família, mesmo quando essa não era a vontade do autor da herança. Percebe-se, portanto, que o direito de família se sobrepõe à vontade que tinha o finado. Assim, em caso de divergência deve preponderar a proteção à família e não à vontade do legislador.

A constituição Federal já apontava o interesse público para as situações em que a família está envolvida. Ainda quando colidente com outro direito protegido constitucionalmente (como é o caso do direito de propriedade), deve prevalecer o interesse da família, pois a norma constitucional determina que lhe seja concedida **especial proteção**. É isso que se extrai do caput do artigo 226 da Carta Magna:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. – grifo nosso.

Essa proteção especial se justifica por ser a família **base da sociedade**, conforme reconhece a própria Constituição Federal. Assim sendo, existe notório interesse público de protegê-la, já que são as famílias as células que compõe o Estado. Logo, quando algum interesse individual contrariar o interesse da família (que é de relevância pública) é este último que deve prevalecer. No direito sucessório não é diferente. Mesmo a vontade do autor da herança não é capaz de sobrepujar os direitos sucessórios dos membros da família. Ao menos daqueles que foram elevados à categoria de herdeiros necessários.

Carlos Roberto Gonçalves afirma não restar dúvida de que a proteção à família prevalece em detrimento da vontade contrária do autor da herança e, em brilhante lição, explica os argumentos dos defensores dessa tese:

Os defensores do princípio da legítima invocam o arbítrio que poderia representar a exclusão dos familiares e argumentam com a necessidade de se proteger a família⁶.

4 Art. 1846, do Código Civil – “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

5 Salvo no caso de deserdação, que não poderá ocorrer, entretanto, só pela vontade do testador, sendo necessária a observância das causas expressas em lei e procedimento judicial (ver artigos 1961/1965 e 1814, todos do Código Civil).

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*, p. 186.

Giselda Hironaka não deixa dúvidas sobre ser a família um dos fundamentos do direito sucessório brasileiro, como demonstra seu comentário sobre a atual legislação em vigor:

(...) parece ter-se enquadrado entre aqueles que vêem como fundamento do direito sucessório não apenas o direito de propriedade em sua inteireza como também o direito de família, com o intuito de protegê-la, uni-la, perpetuá-la⁷.

Guilherme C. M. da Gama enfatiza a importância do direito de família no atual panorama das sucessões:

O espírito do novo CC, no Livro V – do Direito das Sucessões –, é de prestigiar a família do autor da sucessão, cumprindo estritamente o disposto no art. 226, caput, da Constituição Federal (...) ⁸.

Agora se torna mais fácil a tarefa de compreender o artigo 1.830 do Código Civil. Ora, aquele que estava separado judicialmente⁹ quando da abertura da sucessão, embora ainda não tivesse dissolvido o vínculo matrimonial pelo divórcio, já não formava, na prática, uma família com a pessoa que faleceu. Como visto, um dos princípios que imperam no direito sucessório brasileiro é o da proteção à família e, no caso, a família estava desfeita. Os laços concretos já não existiam, desde a dissolução da sociedade conjugal¹⁰. A única ligação que ainda restava era abstrata (vínculo matrimonial)¹¹.

O mesmo raciocínio se aplica para o cônjuge separado de fato há mais de dois anos. Óbvio que o prolongado período sem vida em comum é suficiente para demonstrar a falência da entidade familiar. Tanto que seria possível a obtenção do divórcio direto¹².

7 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil. Coordenação de Antonio Junqueira de Azevedo. V. 20, p. 14.

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil: sucessões (série fundamentos jurídicos), p. 28/29,

9 E pelos mesmos motivos a restrição deve se estender a quem obteve a separação através de procedimento extrajudicial com base na Lei 11.441/07.

10 Art. 1576, do Código Civil - A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

11 Art. 1.571, § 1º, do Código Civil - O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

12 Art. 1.580, § 2º, do Código Civil - O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Nesse ponto, porém, o legislador andou mal ao permitir exceção através da prova da culpa, ou seja, o cônjuge sobrevivente que estava separado de fato há mais de dois anos terá direito sucessório demonstrar que a convivência se tornara impossível sem culpa sua.

Melhor seria se a lei tivesse mantido apenas o critério objetivo (separação de fato há mais de dois anos). Fácil perceber os problemas que a prova da culpa poderá acarretar nos casos concretos. De início é de se ressaltar que um dos componentes do casal (o autor da herança) já estará morto e não poderá apresentar sua versão. Não bastasse, o demasiado tempo entre o início da separação e a morte de um dos cônjuges sempre trará dificuldades para a averiguação da culpa e, devido à complexidade, parece inevitável o prolongamento demasiado do processo de inventário em prejuízo dos demais herdeiros.

Por força do artigo 1723, *caput* e § 1º, do Código Civil, verifica-se que é possível a formação de família através de união estável por pessoa que ainda é casada com outra.

Art. 1723 - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI¹³ no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Claro está que a o conteúdo dos artigos 1.830 e 1.723 poderão causar grandes transtornos no campo do direito sucessório.

O exemplo a seguir demonstra com clareza os sérios obstáculos que o aplicador da lei precisará enfrentar: João e Maria se casaram, mas quando já estão separados de fato há mais de dois anos João passa a conviver de maneira pública, contínua e duradoura com Bernadete. Como ambos possuem objetivo de constituição de família, é possível a caracterização da união estável, com base na permissão contida no § 1º, do artigo 1723. Morrendo João após cinco anos da separação de fato com Maria e já vivendo maritalmente com Bernadete instala-se o problema: qual das duas mulheres terá direito sucessório?

13 Art. 1521. Não podem casar:

(...)

VI - as pessoas casadas;

Pois bem. Nenhuma dificuldade existirá se não for questionada a culpa pela separação de fato entre Maria e João, caso em que Bernadete herdará, na qualidade de convivente, os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Todavia, se Maria alegar que a convivência com João tornou-se impossível sem que ela tivesse culpa, então, poderá se verificar uma pluralidade de opiniões variadas.

Uma primeira corrente poderá sustentar que Maria terá direitos sucessórios em virtude da exceção prevista no artigo 1.830, isto é, por não ser culpada pela separação de fato que já superava o período de dois anos quando morreu o autor da herança. Não obstante a razoabilidade da interpretação, sustentada na letra da lei, a verdade é que ela não se mostra a mais justa e, além disso, contraria princípio fundamental vigente na sucessão legítima, que é a proteção da família.

Óbvio que no exemplo mencionado a família horizontal que João formava era com Bernadete. E isso por expressa permissão legal (art. 1723, § 1º). Não se vislumbra justiça e nem há razoabilidade em se garantir direitos sucessórios para Maria, pois a família que ela formava com João já não existia ao tempo da morte do autor da herança. E isso é nítido pela exigência da monogamia na formação de família horizontal, seja pelo casamento ou pela união estável. Não é possível admitir que João possa formar família com Bernadete sem que isso acarrete, implícita e automaticamente, no fim da entidade familiar que era constituída com Maria. Ora, se a lei reconhece a nova família é porque a outra já não existe.

E nem se cogite de conceder direito sucessório para ambas as mulheres, pois isso seria o mesmo que reconhecer a bigamia. A separação de períodos de cada uma das famílias para verificação de quais bens em que incidirá o direito de uma e quais os outros bens sobre os quais incidirá o direito de outra também não resolve a questão. É que o princípio a ser observado é o da proteção à família e, no momento da abertura da sucessão, só uma família existia e é essa que deve ser resguardada. Imaginar o contrário não afeta apenas os direitos sucessórios da companheira, mas também o de outros herdeiros, cujos quinhões poderão sofrer significativa redução se reconhecido direito sucessório a quem não o tem (no exemplo, Maria).

Sílvio Rodrigues traz lição valiosa sobre o tema ao analisar a legislação revogada:

Nos termos do art. 1.611 do Código Civil de 1916, o cônjuge só teria condição de herdeiro se ao tempo da morte do outro não estivesse dissolvida a sociedade conjugal. Da qual participara.

A lei exigia, para afastar o cônjuge da sucessão, estivesse o casal desquitado ou divorciado. Assim, a despeito de separados de fato, cada qual vivendo em concubinato com terceiro, a mulher herdaria do marido e este dela se morresse sem testamento e sem deixar herdeiros necessários.

A solução era má, e se o legislador a consagrava, decerto o fazia na persuasão de que, se o marido separado de sua mulher quisesse afastá-la da sucessão, e vice-versa, bastava-lhe testar em favor de terceiro¹⁴.

Portanto, não agiu bem o legislador ao permitir, no artigo 1.830, prova baseada na culpa pela separação de fato para fins de direito sucessório. Entretanto, diante de problema concreto, como na hipótese do exemplo citado, a solução sempre deverá ser tomada com base na proteção à família (e é por isso que, no caso exposto, Bernadete deverá ser chamada à sucessão).

A finalidade protetiva da lei para a família é gritante. Nesse sentido corrobora o artigo 1.831, do Código Civil, ao garantir ao cônjuge sobrevivente o direito de permanecer residindo no imóvel que era destinado a residência da família, se outro da mesma natureza não existir para inventariar.

Art. 1831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. – grifo nosso.

Novidade trazida pelo novo código em relação ao revogado é a consagração do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário e, mais que isso, privilegiado.

Tal como ocorria no código anterior, atualmente o cônjuge é o componente da terceira classe a ser convocada pela ordem de vocação hereditária estabelecida pelo artigo 1.829¹⁵ do Código Civil. Vale dizer, “em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (artigo 1.838, do Código Civil)”.

Como bem esclarece Orlando Gomes, os direitos do cônjuge foram evoluindo com as alterações da sociedade. “A princípio, colocava-se em quarto lugar, logo após os parentes colaterais. Passou para o terceiro em lei confirmada pelo texto do Código Civil revogado, alcançando atualmente o vínculo matrimonial o mesmo plano do vínculo de sangue”¹⁶.

14 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*, v. 7, p. 110/111.

15 Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

16 GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 63.

Ocorre que, agora, o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário (artigo 1.845) e, por isso, não pode mais ser privado da legítima pela mera vontade de seu consorte¹⁷. Sobre ao menos metade do acervo hereditário, composto pela parte indisponível da herança, incidirão os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, seja por ter sido convocado sozinho, como representante da terceira classe dos herdeiros legítimos, seja porque concorrerá com outros herdeiros integrantes de classes anteriores (ascendentes ou descendentes).

Não bastasse, a atual legislação ainda outorgou ao cônjuge sobrevivente o privilégio de concorrer com herdeiros legítimos necessários que integram as classes convocadas anteriormente, ou seja, os ascendentes (herdeiros da segunda classe) e os descendentes (herdeiros da primeira classe). É o que se extrai do novo Códex:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III- ao cônjuge sobrevivente;

(...).

Por poder concorrer à herança com aqueles que são componentes de classes anteriormente convocadas é que se pode afirmar que o cônjuge passou a ser um herdeiro privilegiado. Aliás, a situação do cônjuge é tão confortável que ele jamais ficará com quinhão hereditário menor do que aquele que couber a qualquer dos herdeiros com quem ele concorrer, conforme se perceberá mais adiante nesse trabalho.

Isso já se verifica na concorrência do cônjuge com os ascendentes do autor da herança:

Art. 1837, do Código Civil - Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Dessa maneira, quando o cônjuge concorrer com **ambos** os ascendentes de primeiro grau (pai e mãe do autor da herança), cada um ficará com um terço da herança. Na verdade, a divisão ocorre por cabeça, tocando um quinhão a cada um dos três concorrentes. Esse critério permanecerá se o cônjuge concorrer com apenas um

17 Ver artigo 1.846 do Código Civil.

dos ascendentes de primeiro grau (pai **ou** mãe daquele que morreu). Nesse caso, o cônjuge ficará com a metade, cabendo 50% para o outro (pai ou mãe), permanecendo a divisão por cabeça.

Sempre que concorrer com um só ascendente, independentemente do grau de parentesco que ele tinha com o finado, a divisão se fará por igual (por cabeça), cabendo metade da herança para cada um.

Quando concorrer com mais de um ascendente, que não seja o pai e a mãe daquele que morreu, o cônjuge herdará metade do acervo, e o restante será repartido nos termos da lei entre os ascendentes. Assim, se o autor da herança morreu órfão e sem filhos, mas deixou viúva e os quatro avós, metade da herança caberá para o con-sorte sobrevivente e os outros 50% serão divididos entre os avós, cabendo, no caso, 12,5% para cada um.

Não é demais frisar que o cônjuge herda além da sua meação. Sílvio de Salvo Venosa explica bem a diferença entre os dois institutos:

A meação do cônjuge, como já acentuado, não é herança. (...) Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compões a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes, ou cônjuge, conforme o caso¹⁸.

Assim, retirada a meação de acordo com o regime de bens que vigorava durante o casamento, é na outra parte (que pertencia ao falecido) que o cônjuge sobrevivente terá direitos sucessórios.

Nas hipóteses em que é convocado como herdeiro da terceira classe (por falta de descendentes e ascendentes) ou em concorrência com ascendente(s), retirada a meação o cônjuge herdará sobre a totalidade do acervo hereditário, não importando o regime de bens em que era casado e tão pouco se os bens que compõe a herança eram comuns ou particulares pertencentes apenas ao autor da herança.

Essa situação muda, contudo, quando se trata de concorrência do cônjuge com descendentes. E a alteração do critério faz sentido, visto que novamente se sustenta na proteção à família.

Ocorre que a ordem de vocação hereditária baseia-se na presunção de afeto que as pessoas normalmente têm em relação a seus familiares. Por isso os descendentes são convocados antes dos ascendentes e os últimos a serem chamados são os colaterais. Não é difícil entender o critério de afeto presumido em relação aos parentes, mas a situação torna-se complexa quando incluído um outro elemento componente da família: o cônjuge.

18 VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito civil: direito das sucessões, p. 138/139.

Notório que o afeto para com o cônjuge está em patamar normalmente superior em relação aos ascendentes, até porque com o casamento se formou nova família e, a partir de então, os ascendentes fazem parte da família antiga. Todavia, em relação aos descendentes, notadamente os filhos, a situação é diferente, já que todos integram o mesmo ambiente familiar.

Todas essas questões são consideradas pela lei. Para melhor entender o problema é necessária a verificação das situações anteriores e posteriores a atual legislação.

Conforme já relatado, no código revogado o cônjuge era herdeiro legítimo, mas não necessário. Também não tinha o privilégio de concorrer com descendentes e ascendentes, só sendo chamado na ausência desses, como membro da terceira classe da ordem de vocação hereditária.

É de se lembrar que a legislação revogada datava de 1916 e vigorou de 1917 até início de 2003, o que significa que a sociedade passou por significativas mudanças durante todo esse período.

Assim, no início a previsão legal era satisfatória, já que até 1977 o regime legal era o da comunhão universal de bens. Assim sendo, a imensa maioria dos matrimônios seguia referido regime que, no caso de viuvez, não deixava o cônjuge sobrevivente desamparado, já que metade de todos os bens lhe pertencia em razão da meação. Não fazia sentido, portanto, que ainda tivesse direito sucessório sobre a outra metade da porção, que era destinada exclusivamente aos descendentes ou ascendentes do *de cujus*.

Ocorre que a partir de 1977 o regime legal passou a ser o da comunhão parcial de bens. Com isso, o cônjuge sobrevivente não mais ficava necessariamente amparado no caso da morte de seu consorte, já que sua meação incidia apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

O exemplo a seguir é elucidativo. Pedro, embora não fosse rico, era dono de razoável patrimônio quando se casou com Roberta, que nada tinha. Durante o matrimônio viveram com dificuldades, sem aumentar os bens que foram trazidos pelo casamento. Morrendo Pedro na vigência da lei revogada, Roberta ficava completamente desamparada, pois sua meação correspondia a nada e, ainda, não possuía direito sucessório se qualquer descendente ou mesmo ascendente de Pedro ainda fosse vivo (por exemplo um avô).

A injustiça da situação era gritante e a normatização do direito sucessório já não era satisfatória. Portanto, agiu bem o legislador ao trazer as modificações no novo código, estabelecendo solução adequada que já não era resolvida pela legislação anterior em virtude das alterações sociais e legislativas ocorridas.

Nesse sentido é perfeito o critério da nova lei: amparar o cônjuge na porção de bens em que esteja desamparado pela meação e não ampará-lo na parcela de bens em que já esteja resguardado pelo regime de bens.

Vele frisar que falta unanimidade a respeito da interpretação acima mencionada, mas não pode ser outro o caminho a ser trilhado, sob pena de se contrariar a finalidade essencial do direito: a busca das soluções justas.

Para que a compreensão do artigo 1.829, I, do Código Civil, possa ser a mais adequada, imprescindível que se tenha em mente duas premissas: a primeira que a sucessão legítima sempre visa amparar a família; a segunda que, atualmente, a grande maioria dos casamentos são regidos pelo regime da comunhão parcial de bens e que, as normas, são redigidas visando, em primeiro lugar, solucionar os problemas que afligem a maioria.

O referido dispositivo (1829, I) é composto por duas partes distintas. Na primeira traz a regra¹⁹ (concorrência do cônjuge com os descendentes) e na segunda parte contém a exceção²⁰ (não concorrência).

Por princípio de hermenêutica as exceções não se presumem, devendo estar expressas em lei para que possam ser invocadas. Assim sendo, só por essa regra de interpretação, já é possível afirmar que aos casos não mencionados expressamente dentre as exceções aplica-se a regra do dispositivo, que é a concorrência. É que ocorre, portanto, com os regimes da participação final nos aquestos e da separação convencional de bens, situações em que o cônjuge sobrevivente sempre concorrerá com os descendentes do autor da herança.

Contudo existem outros argumentos para confirmarem o acima aludido. É indiscutível a intenção da norma em beneficiar o cônjuge, concedendo-lhe o privilégio de concorrer com os descendentes. As situações em que esse direito não existe são expressamente excepcionadas, sendo certo que nelas não se encontram os casamentos realizados sob o regime da participação final nos aquestos e da separação convencional de bens. Assim sendo, ampliar as exceções para considerar a não concorrência nesses regimes equivale a ampliar a interpretação legal para restringir um direito (da concorrência), situação inadmissível em nosso direito.

19 Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, (...)

20 I - (...) salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Quando muito seria possível admitir que o direito de concorrência conferido ao cônjuge por força da primeira parte do dispositivo em análise fundamenta-se no princípio de ampará-lo naquela porção de bens em que está desamparado, ou seja, nos bens particulares que pertenciam ao falecido.

Por essa linha de raciocínio restaria alguma argumentação contrária à concorrência plena, sobre todo o acervo, quando o regime de bens no casamento era o da participação final dos aquestos, visto que ele, no momento da dissolução do casamento, em muito se assemelha ao regime da comunhão parcial de bens.

Todavia, nenhum argumento é capaz de arranhar o direito sucessório do cônjuge que era casado no regime da separação de bens escolhido através de pacto antenupcial, visto que o consorte sobrevivente não estará amparado nos bens deixados pelo morto, já que não terá meação sobre qualquer deles.

Nunca é demais lembrar que imaginar diferente seria o mesmo que optar pelo desamparo de parte da família (cônjuge). Certo que os filhos devem herdar, mas igualmente certo é que o cônjuge também possui tal direito e, por isso, a concorrência é de rigor, para manter o necessário equilíbrio entre os herdeiros que a lei pretendeu proteger (cônjuge e descendentes), por serem todos membros da família deixada pelo autor da herança.

Maria Helena Diniz é categórica ao tratar do assunto:

(...) Portanto, herda, também, se for casado sob o regime da separação convencional de bens e o de participação final nos aquestos, caso em que o sobrevivente continua tendo a titularidade de seu patrimônio, recebendo sua meação e participando como herdeiro necessário da herança deixada pelo de cujus, composta pela antiga “meação” deste e de seus bens particulares, por força do art. 1.791. (...) ²¹. (grifo nosso)

Caio Mário também é categórico ao afirmar que o cônjuge participará da sucessão em concorrência com os descendentes em três hipóteses:

- (a) se o regime de bens do casal era o da separação convencional, isto é, aquele livremente adotado pelos cônjuges mediante pacto antenupcial válido (novo Código Civil, art. 1.687);
- (b) se o regime de bens era o da comunhão parcial, e o de cujus tinha bens particulares (caso em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação, obviamente, apenas sobre o patrimônio comum);

(c) se o regime de bens era o da participação final nos aquestos (novo Código Civil, art. 1.672). Também aqui haverá herança e meação (art. 1.685)²².

No mesmo sentido ensina o magnífico professor Washington de Barros Monteiro:

Excluindo essa concorrência apenas no caso de regime de comunhão universal de bens e de separação obrigatória de bens, impede que separações de bens estabelecidas por pacto antenupcial não sejam contempladas, de modo que a sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes sempre ocorrerá (...) ²³.

Todos os demais regimes estão previstos dentre as exceções em que não haverá a concorrência do cônjuge, sendo deferida a herança para os descendentes. Resta, porém, entender cada uma das hipóteses.

A primeira exceção contemplada no artigo 1.829, I, refere-se ao cônjuge que era casado com o falecido no regime da comunhão universal de bens. Coerente o legislador ao evitar que o cônjuge participe da sucessão desfalcando a herança dos descendentes se já estava resguardado sobre todo o patrimônio deixado pela meação, que no regime da comunhão universal de bens incide sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância do casamento, independentemente da aquisição ter ocorrido de maneira onerosa ou gratuita.

A segunda exceção prevista é aquela em que o consorte sobrevivente era casado com o finado pelo regime da separação obrigatória de bens.

Aqui cabe esclarecer: a exceção não se fundamenta no regime de bens (separação), mas sim na ausência de liberdade de escolha do regime de bens pelos nubentes, em razão do artigo 1.641²⁴, do Código Civil. O regime da separação de bens é um só, o que muda é a fonte de onde se origina: se escolhido pelos nubentes através de pacto antenupcial é chamado regime da separação **convencional** de bens; se imposto pela lei (artigo 1.641) é denominado regime da separação **obrigatória** de bens.

A finalidade da imposição legal do regime da separação de bens é de proteger um dos próprios consortes ou um terceiro, seja em razão de fragilidade pelas condições especiais, seja em decorrência de possível confusão patrimonial²⁵. A simples leitura do dispositivo contido no Código Civil já é suficiente para demonstrar isso:

22 PEREIRA, Caio Mário. Instituições de direito civil: direito das sucessões, p. 148/149.

23 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das sucessões, p. 96.

24 É equivocada a menção ao artigo 1.640, parágrafo único, feita pelo artigo 1.828, I, do Código Civil.

25 Ver artigo 1.523, do Código Civil.

Art. 1641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Assim sendo, se a lei pretende evitar a comunicação dos bens baseada numa situação de fragilidade daquele que ela visa proteger, não poderia o critério só incidir para os casos em que o casamento se dissolvesse em vida, pelo divórcio, ou nas hipóteses de separação judicial. Por óbvio que o critério também precisa prevalecer se o casamento terminar em razão do óbito de um dos cônjuges. Caso contrário estaria aberta brecha para fraudar a finalidade legal. Basta imaginar o quanto seria absurdo se a jovem moça que se casa com um velho à beira da morte tivesse direito sobre os bens se o casamento acabasse com o óbito, só não obtendo vantagem patrimonial se a sociedade conjugal ou todo o casamento fosse dissolvido em vida (pela separação ou pelo divórcio). Óbvio, assim, que a razão dessa exceção é evitar que a concorrência do cônjuge valha como válvula de escape ao artigo 1.641.

Resta verificar a última exceção, que ocorre quando o cônjuge sobrevivente era casado pelo regime da comunhão parcial de bens e o falecido não tiver deixado bens particulares. Ora, essa situação é praticamente idêntica àquela primeira exceção (casamento pelo regime da comunhão universal de bens). Isso porque se o autor da herança não deixou bens particulares, significa que todos os bens deixados eram comuns. Logo, o sobrevivente terá direito à meação sobre toda a parcela de bens e, se já está amparado, não há razão para obter mais uma parte sobre o mesmo patrimônio a título de herança.

A clareza do dispositivo não deixa dúvidas: quando não existem bens particulares (ou seja, todos os bens são comuns) não existe concorrência. Invertendo-se o raciocínio a conclusão é a seguinte: se o falecido deixou bens particulares haverá o direito de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes.

Aqui, entretanto, surge outro problema: havendo bens particulares a concorrência se dá apenas sobre eles ou em relação a todo o acervo hereditário?

O bom senso leva a crer que a concorrência só existirá sobre a parcela de bens em que o cônjuge já não esteja amparado pela meação, que corresponde apenas aos bens particulares. Essa é a vontade da lei, conforme exaustivamente demonstrado neste trabalho.

Apesar disso, a verdade é que referida solução não é pacífica. Merecem respeito aqueles que defendem posição de que a concorrência do cônjuge, existindo bens par-

ticulares, incidirá sobre todo o acervo, isto é, sobre os bens particulares e comuns. A principal argumentação dessa corrente é no sentido de que a lei não restringe o direito de concorrência apenas aos bens particulares e, se ela não o faz, não cabe ao intérprete fazê-lo, sob pena de estar sendo restringido o direito de concorrência do cônjuge.

Com o devido respeito que merece essa posição, não se pode concordar com ela. A finalidade precípua do direito de concorrência é de trazer justiça àquelas situações injustas em que, no passado, o cônjuge ficava desamparado com a morte de seu consorte. Evidentemente, isso só ocorrerá quanto aos bens particulares, já que em relação aos bens comuns sempre existirá a meação. Ademais, conceder direitos sucessórios sobre os bens comuns não é minimamente razoável, pois estar-se-ia amparando o cônjuge onde ele não necessita e, pior, através de desfalque dos quinhões dos descendentes que, não se pode esquecer, são os herdeiros da **primeira** classe.

Por fim resta tratar do disposto no artigo 1.832, do Código Civil:

Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Cabe diferenciar três situações possíveis: 1- o cônjuge concorrendo com descendentes comuns (dele e daquele que morreu); 2- o cônjuge concorrendo com descendentes exclusivos do autor da herança; 3- o cônjuge concorrendo com ambas as espécies de descendentes (comuns e exclusivos).

A regra para todas as hipóteses é que ocorrerá a divisão dos quinhões por cabeça, ou seja, partilhar-se-á a herança em porções iguais, dividindo-se o todo pelo número de herdeiros (descendentes + cônjuge). Ocorre que se todos os descendentes forem comuns o cônjuge terá outro benefício: seu quinhão nunca será inferior a um quarto da herança.

Essa norma se justifica pela circunstância natural de que os mais velhos morrem antes dos mais novos. Desse modo, o cônjuge ao morrer retransmitiria aos descendentes comuns o quinhão que lhe coube e, portanto, eventual prejuízo seria desfeito.

O mesmo não poderia ocorrer se os descendentes fossem exclusivos do autor da herança, pois com o óbito do cônjuge eles nada receberiam, pois não são descendentes dele.

Na terceira hipótese a reserva de um quarto da herança não pode prevalecer por força de norma constitucional, que impede qualquer diferenciação entre filhos. Isso porque, se a reserva mínima da quarta parte prevalecesse, ainda que os quinhões dos descendentes fossem idênticos em princípio, na verdade aqueles que também são

descendentes do cônjuge sobrevivente estariam sendo beneficiados, pois no futuro herdariam do cônjuge sobrevivente, inclusive a porção a maior que ele recebeu pela garantia mínima de um quarto e isso não ocorreria com os descendentes exclusivos do autor da herança que, portanto, ficariam prejudicados.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que o Código Civil em vigor trouxe importantes avanços na esfera do direito sucessório do cônjuge sobrevivente, sendo certo que alguns ajustes ainda são necessários, inclusive pela possibilidade de interpretações diferentes sobre um mesmo tema, sendo certo que, enquanto a lei não for alterada para clarear o seu sentido é o princípio da proteção à família que deve nortear o aplicador da lei, pois, sem dúvida, é ele que possibilita ao direito sucessório as soluções mais justas.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 10ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. VII, São Paulo, Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. *Sucessões*, 13ª. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mário Roberto Carvalho de Faria, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: sucessões (série fundamentos jurídicos)*, São Paulo, Atlas, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Coordenação de Antonio Junqueira de Azevedo. V. 20, São Paulo. Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*, v. 6, 35ª. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo, Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*, v. 7, 26ª. ed. rev. e atual. por Zeno Velozo, São Paulo, Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, 15ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*, v. 7, 5ª. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira, São Paulo, Atlas, 2005.